El infrascrito Oficial Mayor de la cámara segunda de lo Penal de la Primera sección del centro,por este medio notifica al defensor particular lic.JUAN HECTOR LARIOS LARIOS, lo resuelto por esta instancia en el incidente de apelación Nº248-2016-2 cuya certificación literal dice:"""""""""""""""""""""

248-2016-2

CÁMARA SEGUNDA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Salvador; a las diez horas con cincuenta y cinco minutos del once de octubre de dos mil dieciséis.

Por recibido, a las doce horas con veintiséis minutos del siete de septiembre de dos mil dieciséis, el oficio número 1,921 datado del dos del mismo mes y año, procedente del Juzgado Segundo de Instrucción de San Salvador, acompañado del expediente judicial marcado en esa sede con el número de referencia 70-1-2013 -el cual consta de 2,723 folios distribuidos en catorce piezas- que documentan el proceso penal instruido en contra de los imputados:

- **Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado:** de cincuenta y cinco años de edad, Ingeniero Industrial, con residencia en Residencial Villas de las Piletas, Calle el Alhambra número treinta y cuatro, municipio de Nuevo Cuscatlán, departamento de La Libertad, hijo de Mariano Antonio Pinto Magaña y Vilma Margoth Guardado, con Documento Único de Identidad número cero un millón novecientos cincuenta y tres mil novecientos ochenta y seis – dos;
- **Eduardo Galdámez Menjivar,** de sesenta y cuatro años de edad, originario de Comalapa, departamento de Chalatenango, comerciante, con residencia en Colonia Buenos Aires dos, Avenida Paraguay, pasaje Perú, block nueve, número veinticinco, municipio de Mejicanos, departamento de San Salvador, hijo de Pablo Galdámez y María Menjivar, con Documento Único de Identidad número cero dos millones doscientos treinta y seis mil doscientos dieciocho – cinco;
- **Lilian Dinora Navarrete de Climaco:** de cincuenta y cuatro años de edad, originaria de San Rafael Oriente, departamento de San Miguel, licenciada en Economía, con residencia en Primera Calle Poniente número tres, municipio El Rosario, departamento de La Paz, hija de Misael Navarrete y Ana Elida Lemus, con Documento Único de Identidad número cero un millón novecientos cincuenta y un mil novecientos diecinueve – siete;
- **Daysi Hernández Viuda de Rivas:** de sesenta y cuatro años de edad, con residencia en calle central, pasaje Luz, número seis, municipio de Cuscatancingo, departamento de San Salvador, hija de Pastora Solórzano y Bernabé Hernández, con Documento Único de Identidad número cero dos millones cuatrocientos sesenta mil cuatrocientos cuatro – seis; y
- **Gilberto de Jesús Castro Sánchez:** de cuarenta y cuatro años de edad, del domicilio de Santiago Texacuangos, departamento de San Salvador, jornalero, con residencia en Cantón la Cuchilla, caserío Loma de Chansapo, municipio de Santiago Texacuangos, departamento de San Salvador.

A estas personas se les procesa por atribuírseles la comisión de los delitos calificados como **Desobediencia de Particulares** y **Apropiación o Retención Indebida,** conductas descritas y sancionadas en los art. 338 y 217 Pn. respectivamente; la primera en contra de la **Administración Pública** y la segunda en perjuicio de la **Asociación de Medianos y Pequeños Empresarios Salvadoreños,** que se abrevia "**AMPES**", representada legalmente por el señor **Maximiliano Adalberto Portillo Mijango** [248-2016-2].

Dicha remisión tiene el propósito que esta Cámara resuelva los recursos de apelación interpuestos: el primero los licenciados **José Arnulfo Menjivar Hernández** y **Antonio Julián Méndez Quezada**, quienes actúan en su calidad de agentes auxiliares del Fiscal General de la República; y el segundo por el licenciado **Julio Cesar Magaña Sánchez,** quien interviene como parte querellante en el proceso. Ambas se dirigen a la impugnación del Sobreseimiento Definitivo proveído por la Juez Segundo de Instrucción de San Salvador, licenciada Edelmira Violeta Flores Orellana, en audiencia preliminar de las nueve horas con cuarenta y seis minutos del veintiséis de julio del año en curso, y formalizado en auto de las quince horas con diez minutos del doce de agosto del año en curso.

I. ADMISIBILIDAD

En consonancia con el art. 452 Pr. Pn, se establecen dos requisitos mínimos para la admisibilidad de un recurso de apelación: que este derecho se ejerza **sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos** y que **la resolución impugnada cause agravio al recurrente**.

Cabe acotar que la realización de este análisis previo es en aras de procurar el adecuado funcionamiento de un régimen de impugnación de las actuaciones obradas en primera instancia; lo cual incluso se ha reconocido como un ejercicio necesario que potencia valores fundantes del ordenamiento jurídico como la seguridad jurídica, la correcta funcionalidad de la administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas.

Estos requisitos constituyen una garantía de cumplimiento de los parámetros de la legalidad, pertinencia y legitimación que la vía recursiva exige para la impugnación de una resolución adversa. Con la finalidad de sistematizar el presente análisis, se desglosará su estudio de la siguiente manera:

i) Análisis de impugnabilidad subjetiva.

a. Recurso de apelación presentado por la agencia fiscal:

En el caso venido en apelación, se ha verificado que quienes han presentado el recurso por parte de la Fiscalía General de la República son los licenciados José Arnulfo Menjivar Hernández y Antonio Julián Méndez Quezada,

profesionales que han acreditado su calidad a través de la presentación de la credencial agregada a folios dos mil seiscientos cuarenta y siete del expediente.

Por las razones anteriores, se considera por satisfechas las formalidades de legitimidad activa para la interposición del recurso de apelación.

b. Recurso interpuesto por el licenciado Julio Cesar Magaña Sánchez.

En el caso venido en apelación, se ha verificado que el licenciado Julio Cesar Magaña Sánchez ha figurado en el proceso como querellante, realizando peticiones a la *A Quo* e interviniendo activamente junto con el licenciado Isael Antonio Guerrero Salgado.

Por esta razón se ha acreditado suficientemente que el recurrente se encuentra debidamente legitimado para ejercer la vía impugnativa en el caso en conocimiento.

ii) Impugnabilidad objetiva.

a.- Análisis de temporalidad:

Para el caso en conocimiento, tanto el escrito de apelación impetrado por la representación fiscal como el interpuesto por la querella fueron presentados el diecinueve de agosto del año en curso; por lo que, al aplicarse a ambos las mismas reglas, carece de sentido hacer un análisis separado del cumplimiento de éste parámetro.

En el supuesto del sobreseimiento definitivo, este se rige de acuerdo a las reglas generales para la apelación contra autos consignadas en el art. 465 inc. 1° Pr. Pn. Dicho precepto concede el plazo de cinco días para la interposición del recurso una vez notificada la resolución.

En ese entendido, la audiencia preliminar fue celebrada a las nueve horas con cuarenta y seis minutos del veintiséis de julio de este año; y el auto en el que se fundamenta el sobreseimiento definitivo, según su encabezado, fue emitido a las quince horas con diez minutos del doce de agosto de este año.

Se hace notar que en la carpeta judicial no se encuentran agregadas las actas de notificación de esta última resolución, lo cual constituye una omisión grave considerando que en estas sirven como parámetro para la determinación del ejercicio oportuno del derecho a impugnar por parte de los impetrantes.

Sin embargo, y con la finalidad de no incurrir en dilaciones innecesarias suscitadas por la negligencia del juzgado remitente, debe atenderse a un criterio de razonabilidad para determinar si ambos escritos han sido presentados o no oportunamente.

Así puede verificarse en la constancia de recepción plasmada en el último folio de los recursos objeto de análisis, que estos fueron presentados el diecinueve

de agosto del año en curso. Tal aspecto es relevante desde el punto de vista que, considerando el hecho que la resolución apelada fue proveída el día doce del mismo mes y año, según las reglas generales para su notificación se contaba hasta las quince horas con diez minutos del quince de agosto para poner en conocimiento de las partes la decisión ahora impugnada.

En ese entendido, siendo que el plazo para recurrir inicia a contarse desde el día siguiente al de la notificación, éste inició desde el dieciséis de agosto de dos mil dieciséis y se agotaba el veintidós del mismo mes y año. Ello implica que nos encontramos ante un caso de imposibilidad fáctica de trasgresión al plazo de interposición; ya que partiendo del supuesto que el auto haya sido notificado dentro de las veinticuatro horas de proveído, el recurso habría sido impetrado al cuarto y penúltimo día del período procesalmente habilitado para tales efectos.

Por tal razón, se cuenta como satisfecho este requisito, **previniéndosele** al Juzgado Segundo de Instrucción de San Salvador que en lo sucesivo sea más diligente en la documentación y remisión de las notificaciones de las providencias apeladas a las partes, ya que estas sirven como parámetro para determinar la admisibilidad temporal del recurso presentado.

b.- Análisis de recurribilidad de la resolución:

Ambos recursos de apelación impugnan el Sobreseimiento Definitivo dictado por el Juzgado Segundo de Instrucción de San Salvador, a favor de los imputados Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado, Eduardo Galdámez Menjívar, Lilian Dinora Navarrete de Climaco, Daysi Hernández Viuda de Rivas y Gilberto de Jesús Castro Sánchez, por atribuírseles la comisión de los delitos provisionalmente calificados como Desobediencia de Particulares y Apropiación o Retención Indebidas.

A dicha resolución, de conformidad con el art. 354 inc. 1° Pr. Pn. se le confiere expresamente el carácter de apelable. En tal sentido, se tiene por satisfecho el cumplimiento de este requisito como formalidad para admitir las apelaciones.

c.- Análisis de exposición de agravios:

- **Escrito de apelación presentado por la representación fiscal:**

Los licenciados Menjivar Hernández y Méndez Quezada alegan la concurrencia de tres circunstancias constitutivas de agravios en el proveído apelado:

- Negativa por parte de la jueza instructora de la reformulación del dictamen acusatorio y adhesión fiscal a la acusación presentada por la querella:

Los impetrantes afirman que a pesar de haber presentado oportunamente

un dictamen acusatorio orientado a solicitar el Sobreseimiento Definitivo de las personas procesadas por los delitos de Desobediencia de Particulares y Apropiación o Retención Indebida; basándose en las facultades conferidas por el art. 384 inciso segundo Pr. Pn, por vía incidental solicitó se le permitiera reformular el referido dictamen en el sentido de pedir la apertura a juicio por los delitos ya mencionados y manifestó allanarse al dictamen acusatorio presentado por la querella.

Cabe mencionar inicialmente que su pretensión adolece de vaguedad, ya que en algunos pasajes del primer párrafo de su exposición habla sobre la reformulación del dictamen acusatorio; mientras que en otros habla sobre el allanamiento a la pretensión acusatoria impulsada por la querella. Esta vacilación conceptual genera un escollo para determinar qué es lo que el recurrente identifica como el agravio por el cual ha promovido la impugnación por este punto.

Primeramente debe descartarse de manera absoluta la posibilidad de allanamiento por parte del ministerio fiscal al dictamen acusatorio presentado por la querella; el acogimiento de esta postura sería reconocer la posibilidad de existencia de la figura de un "fiscal adhesivo", lo cual en nuestra cultura procesal resulta en un absurdo cuando por encomienda constitucional y legal -arts. 193 numeral 4° Cn. y 74 inciso primero Pr. Pn.- se le ha delegado al Fiscal General de la República y sus agentes auxiliares la promoción de la acción penal y su consecución en los casos de delitos de instancia pública.

Además, al verificar el contenido de los dos párrafos restantes del desarrollo argumentativo del escrito, consta que la queja de los recurrentes radica en el cese de la pretensión punitiva por vía del sobreseimiento definitivo en razón de no habérseles permitido la reformulación del dictamen; por lo que nos apegaremos a este supuesto como objeto del agravio.

Es indiscutible el hecho que el sobreseimiento, sea éste de carácter provisional o definitivo, representa un obstáculo para la consecución de la pretensión punitiva impulsada desde la fase inicial del proceso. Sin embargo, a pesar de constituir este caso un supuesto formal de impugnabilidad objetiva; el agravio materialmente no se configurará si su causación se debe a una conducta realizada por la parte que lo reclama, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 452 inciso último Pr. Pn. que se lee:

"*En todo caso, para interponer un recurso será necesario que la resolución impugnada cause agravio al recurrente, siempre que éste no haya contribuido a provocarlo*" [Subrayado suplido]

Esta regla es una materialización de una de las máximas generales de las

actuaciones en Segunda Instancia conocido como "No se escucha a nadie que alega su propia torpeza" *-nemo auditur propiam turpidem allegans-* y que pretende evitar el inútil dispendio de la actividad jurisdiccional ante la conducta procesal negligente o incompetente.

En ese entendido, los recurrentes han promovido ante la Jueza instructora la *reformulación* del dictamen acusatorio presentado, haciendo alusión a la relativa flexibilidad que nuestro legislador le ha conferido en algunos aspectos como la posibilidad de corregir errores intrascendentes en su texto o ampliar los hechos contemplados en el mismo, todo de conformidad al art. 384 Pr. Pn.

A efecto de aclarar la naturaleza de la pretensión de los recurrentes, es evidente que lo intentado por ellos en audiencia preliminar no se trata de un supuesto de ampliación de la acusación, dado que en ningún momento hacen mención de hechos nuevos o circunstancias análogas que modifiquen sustancialmente la hipótesis fáctica sobre la que se basa la acusación. Por tanto, lo que ellos han pretendido es un cambio en la interpretación del contenido del dictamen acusatorio, a fin de que este posibilite la apertura a juicio en lugar de un sobreseimiento definitivo, como inicialmente se pretendía.

Sentado lo anterior, y considerando que lo solicitado por los recurrentes en audiencia preliminar fue una reformulación del dictamen acusatorio, conviene hacer algunas ligeras precisiones sobre este instrumento. El dictamen que la parte acusadora -sea fiscal o querella- presenta al finalizar la instrucción es el instrumento por medio del cual, una vez recabados los elementos útiles para el establecimiento de la verdad real de los hechos, se presenta un análisis razonado sobre el mérito del caso para transitar a fase plenaria o por el contrario, acreditarse la ausencia de sustentáculo de la incriminación en contra de la persona procesada.

El contenido de este documento no está determinado únicamente por su parte petitoria en la que se plantea la orientación que, en opinión de la parte acusadora, debe dársele al caso; sino que la totalidad de su contenido es vinculante por servir de soporte a la conclusión del dictamen.

A pesar de la ya mencionada flexibilidad por parte del legislador en cuanto a modificar el contenido del dictamen -art. 384 inciso segundo Pr. Pn.- esta se encuentra prevista para los casos en que se incurra en algún error mecanográfico u otra cuestión que no sea de alta trascendencia; pero este no es el supuesto en estudio, ya que se trata de una modificación de la totalidad de su contenido, intentando cambiar la orientación de la opinión fiscal desde una tesis exculpatoria hacia una de carácter incriminatorio.

No es posible entonces atender a la pretensión fiscal, por cuanto no solamente omitió hacer un ejercicio argumentativo congruente con la compendiosa labor de cambiar diametralmente la orientación de su dictamen; sino que, tal y como lo menciona al momento de su petición en audiencia, la opinión plasmada en dicho instrumento obedece a un examen incompleto del caso considerando únicamente aspectos de tipicidad sin estimar aspectos de las pruebas que la querella sí tomó en cuenta.

El fundar la construcción del agravio fiscal en una presunta mala interpretación por parte de la *A Quo* de los elementos probatorios presentados en el dictamen acusatorio, cuando la representación fiscal presentó un dictamen solicitando el sobreseimiento definitivo y pretendió reformularlo apresuradamente en audiencia preliminar aduciendo un defecto en el análisis de las pruebas recabadas, constituye un ejercicio negligente de la actividad acusatoria que no puede constituirse en un agravio en sí mismo.

Por tal razón, se declara **inadmisible** el recurso de apelación por este motivo. Consecuentemente, ante la ausencia de legitimación objetiva de los recurrentes por no configurarse un agravio para su caso, queda absolutamente excluida de conocimiento la totalidad de los argumentos contenidos en el referido recurso de apelación.

- **Escrito de apelación presentado por el querellante Julio César Magaña Sánchez:**

El profesional de la querella, luego de una somera justificación del cumplimiento de los requisitos subjetivo y objetivo de impugnabilidad, hace una compendiosa trascripción del texto de la decisión apelada para esgrimir un único motivo por el cual se considera agraviado: la presunta errónea aplicación del art. 217 Pn.

Critica la conclusión de atipicidad a la que la jueza instructora ha arribado por considerarla contradictoria, ya que su interpretación del ámbito de protección abarcado por la norma no es un supuesto de prisión por deudas; afirma que el bien jurídico protegido es el derecho al valor económico representado por los títulos que originaron la obligación de entregar o devolver.

Asevera también que el dolo y voluntad de incurrir en la infracción es notorio a través de la negativa del procesado a entregar el depósito solicitado por su representada. Sin embargo, partiendo de los fragmentos trascritos del proveído apelado en el libelo impugnativo, se denota que el motivo por el cual la *A Quo* estimó como atípica la conducta incriminada es por la supuesta inidoneidad del contrato de depósito irregular para generar la obligación, sin hacer ninguna alusión

al ámbito subjetivo del ilícito.

De igual forma, el apelante hace referencia al concepto de "contrato criminalizado", aduciendo que el contrato de depósito irregular respondía a un interés definido en aprovecharse del dinero para beneficio propio del procesado. Sin embargo, bajo una perspectiva eminentemente dogmática, la descripción de negocio jurídico criminalizado utilizada por el recurrente parece más una opinión subjetivizada debido a que su planteamiento carece de rigor científico que el concepto exige para su uso.

Asimismo, finalizada la lectura del desarrollo argumentativo del escrito, se ha verificado que las únicas quejas hechas por el apelante se refieren al delito de Apropiación o Retención Indebida, dejando exentas de crítica las razones por las cuales se ha sobreseído por el delito de Desobediencia de Particulares, por lo que se entiende que tácitamente este es un aspecto que ha renunciado a controvertir.

Por los motivos anteriores y sobre la base de los art. 452, 453, 464, 465 y 467 Pr. Pn, se **admite** la apelación solamente en cuanto a la presunta aplicación errónea del art. 217 Pn, a efecto de determinar si el contrato de depósito irregular produce la obligación de devolución o entrega del bien objeto del negocio jurídico.

d.- Argumentos de contestación:

El licenciado Juan Héctor Larios Larios, quien ha intervenido en el proceso como Abogado defensor de los imputados Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado, Eduardo Galdámez Menjivar, Lilian Dinora Navarrete de Clímaco, Daysi Hernández viuda de Rivas y Gilberto de Jesús Castro, fue emplazado del recurso interpuesto por los agentes fiscales y el profesional de la querella el veinticuatro del mismo mes y año. Al verificar la fecha en que el licenciado Larios Larios presentó su escrito de contestación, consta que este fue impetrado el treinta de agosto del año en curso, es decir dentro de los cinco días que la ley le habilita para tales casos.

Al haberse declarado inadmisible el recurso de apelación planteado por la Fiscalía General de la República, únicamente se considerarán los argumentos relativos al escrito presentado por la querella. Así, medularmente el profesional de la defensa divide su escrito de contestación en dos fragmentos:

- Con relación al recurso de apelación interpuesto por la querella:

Inicia su contestación haciendo una descripción del escrito de apelación folio por folio con el objeto de demostrar que en ninguna parte de su escrito indica cuál es el agravio que la resolución impugnada le causa; y en la única parte del libelo en que alude a ésta, no contra argumenta jurídicamente las razones que llevaron a la *A Quo* a tomar tal decisión.

Afirma que el escrito de impugnación de la querella adolece del mismo defecto que el de la representación fiscal debido a que no ha desarrollado el agravio causado. Para ello, retoma algunas citas jurisprudenciales y normativas plasmadas en la contestación del recurso presentado por fiscalía y concluye que en este caso tampoco se ha desarrollado una contraposición jurídica de los argumentos por medio de los cuales la jueza instructora motivó su decisión.

- Otras consideraciones en atención al principio de eventualidad:

Ante el supuesto que los recursos sean encontrados admisibles por este Tribunal, el Abogado de la defensa plantea algunos argumentos sobre el fondo de la acusación.

Inicia retomando el contenido de la certificación de la sentencia emitida por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro el veintinueve de abril de dos mil trece, en la que se concluye que el contrato de depósito irregular celebrado en este caso no reúne las características de un contrato criminalizado y que por ello, la vía para hacerlo exigible es distinta a la penal.

Menciona además que no se acogió su excepción perentoria de cosa juzgada en razón que existe un nuevo elemento en estos hechos que son las diligencias de fijación de plazo; estas, según la sentencia emitida por la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro el veintiséis de noviembre de dos mil nueve, no tratan sobre una controversia en sí misma sino la fijación de un plazo para la devolución de una cantidad de dinero específica.

En consonancia con esta misma sentencia, afirma que la cláusula arbitral establecida en el contrato de depósito no tiene aplicación y que únicamente en caso de una negativa a la restitución de la cantidad depositada se ventilará por esa vía. Por lo tanto, la forma de exigencia idónea para el caso según consta en el contrato no es la penal.

Sobre el contenido del contrato de depósito celebrado entre AMPES y la Fundación INNOVA, comparecieron en representación de ambas instituciones el señor Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado y Maximiliano Adalberto Portillo Mijango, quien es el ahora denunciante y que conocía el contenido del contrato.

Lo que ha sucedido es un impago por parte de AMPES de la custodia de la suma, por lo que ya se ha promovido una diligencia de reconvención en pago agregadas al proceso. En ese sentido, cita el principio plasmado en el art. 1,423 del Código Civil –Cód. Civ. en adelante- que establece que *la mora purga a la mora,* y que al encontrarse ambas partes en un contrato bilateral en mora de cumplir lo pactado, esto no es exigible.

Continúa su argumentación relatando la presunta mala fe con la que el

señor Maximiliano Adalberto Portillo Mijango ha actuado al haber cobrado AMPES los certificados de depósitos a plazo fijo durante su período como representante legal de dicha institución.

Finaliza refiriéndose al delito de Desobediencia de Particulares, afirmando que al momento en que se presentó el requerimiento fiscal aún no existía una resolución por parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la que se decidiera sobre la demanda de amparo que tenía en suspenso los efectos de la fijación de plazo decretada por el Juez Cuarto de lo Civil de San Salvador.

II.- ARGUMENTOS JUDICIALES

La jueza Segundo de Instrucción de San Salvador, luego de enunciar los elementos de prueba agregados, ha razonado lo siguiente:

"CALIFICACIÓN JURÍDICA

Por razones de orden y para mejor comprensión, se analizará en primer lugar el delito de Desobediencia de Particulares, ya que de ello depende además del delito de Apropiación o Retención Indebida.

***El delito de Desobediencia de Particulares,** se encuentra regulado y sancionado en el Artículo 338 Pn, el cual dice: (...)*

La norma hace referencia a la persona que se encuentra obligada al cumplimiento de un mandato, dictado por autoridad competente, por lo que debe referirse a una persona determinada, que para el caso es la obligada al cumplimiento de tal mandato.

En cuanto a los elementos del tipo penal enunciado, se tiene que según los hechos, que el Juez Cuarto de lo Civil de San Salvador, -autoridad competente- dictó sentencia el día 17 de septiembre de 2009, en la que se ordenaba a INNOVA restituir a AMPES, el dinero dado en depósito más sus accesorios, lo que constituye la orden a cumplir.

El obligado a cumplir es INNOVA, como persona jurídica, atribuyéndose a los imputados Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado, Eduardo Galdámez Menjivar, Lilian Dora Navarrete de Clímaco, Daysi Hernández viuda de Rivas, y Gilberto de Jesús Castro Sánchez, en su calidad de directivos de dicho ente no haber obedecido la orden dictada por el Juez.

El verbo rector del tipo penal es DESOBEDECER, estableciendo la condición en la que se debe encontrar el sujeto activo, es decir obligado al cumplimiento del mandato.

Para el establecimiento de lo anterior se debe tener en cuenta una secuencia de hechos que determinan tal circunstancia, de la forma siguiente:

1- El día 17 de diciembre de 2009, el Juzgado Cuarto de lo Civil de San Salvador, dicta sentencia ordenando a INNOVA restituir a AMPES la cantidad de UN MILLÓN SETECIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO TREINTA Y UN DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más sus accesorios y frutas.

2- El día 4 de mayo de 2010, la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, confirma la resolución enunciada en el número anterior.

3- Con fecha 7 de septiembre de 2010, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, declara inadmisible el recurso de casación, interpuesto por INNOVA, de la resolución dictada por la Cámara de lo Civil.

4- El día 15 de noviembre de 2011, el Juzgado Cuarto de lo Civil de San Salvador, al haber adquirido firmeza material la sentencia que dictara, ordena esta sea cumplida por INNOVA.

5- Mediante resolución dictada el día 10 de septiembre de 2012, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia admite la demanda de Amparo, interpuesta por el señor Pinto Guardado, y entre otras cosas resuelve admitir la demanda de amparo firmada por el señor Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado, en su calidad de representante de INNOVA, contra la resolución pronunciada por el Juez Cuarto de lo Civil de San Salvador, el día 17 de diciembre del año 2009, en las diligencias varias 33-DV-09. Por medio del cual se fijó el plazo de 30 días para que dicha fundación restituyera a AMPES, el dinero dado en depósito, y suspender inmediata y provisionalmente los efectos de los actos reclamados, es decir que el Juez Cuarto de lo Civil de San Salvador, deberá abstenerse de exigir el cumplimiento de la resolución pronunciada el día 17 de diciembre del año 2009.

6- El requerimiento fiscal fue presentado en el Juzgado Décimo Primero de Paz de San Salvador, el día 20 de junio de 2013.

7- El día 12 de diciembre de 2014, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dicta resolución en el proceso de amparo aludido el que sobresee, cesando los efectos de la medida cautelar adoptada; resolución que quedó firme el día 9 de octubre de 2015, a partir de cuya notificación se volvería exigible la obligación de restitución.

Teniendo en cuenta lo antes planteado este Juzgado considera que la conducta atribuida a los procesados no encaja en el tipo penal de Desobediencia de Particulares, por las razones siguientes:

A- Al momento del inicio de la acción penal, por la presentación del requerimiento fiscal, ya había sido interpuesto por el señor Pinto Guardado, a favor de INNOVA, el amparo y se había mandado a suspender el acto reclamado, es decir que dicha fundación no estaba

obligada a cumplir la sentencia dictada por el Juez Cuarto de lo Civil de San Salvador, la cual se volvió exigible hasta el día 9 de octubre del año 2015, fecha en que se declaró firme el sobreseimiento de tal amparo.

B- Que siendo exigible el cumplimiento de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Civil, al no haber sido cumplido ello de manera voluntaria por INNOVA, dentro del término fijado, lo que le nacía a AMPES, de exigir el cumplimiento por la vía ejecutiva (cumplimiento forzoso).

Sobre lo anterior se debe tener en cuenta lo que establece el Artículo 27 de la Constitución de la República, respecto a que no hay prisión por deudas, es decir que no puede exigirse el cumplimiento de una obligación de pago, o de hacer por la vía penal, que es el último medio para la resolución de conflictos sociales, pues sino se caería en el absurdo, que todas las sentencias dictadas en los Juicios Ejecutivos Mercantiles o Juicios Laborales, que condenan a pago, se hicieran cumplir por medio de un proceso penal, lo que no es así.

Ya el Código Procesal Civil y Mercantil, establecen en su Artículo 457, cuáles son los documentos que traen aparejada ejecución, entre los que se encuentra la sentencia que fija el pago para la restitución del dinero a AMPES, una vez concluido el plazo, ya que habría una obligación de pago exigible liquidable.

Además de lo mencionado se debe tener en cuenta lo que establece el mismo contrato de depósito cuando dice en el romano "VIII) En caso de diferencias o controversias a raíz de este contrato los comparecientes se someterán a arbitraje de conformidad con la Ley de Mediación, conciliación y Arbitraje", lo que implica una cláusula de sumisión de conformidad con el Artículo 32 de la Ley citada.

Sobre lo anterior es oportuno traer a colación lo expresado en la sentencia de Amparo de Ref. 592-2005, dictada a las trece horas con cuarenta y ocho minutos del día diecinueve de febrero de dos mil ocho que dice: (...). Lo que debe interpretarse que los contratantes tienen libertad para fijar las condiciones que regirán el acto jurídico que suscriben y como resolverán las controversias de que él surjan, como el incumplimiento de la restitución del depósito dentro del plazo fijado por el Juez.

También al respecto la Sala de lo Civil en el proceso de Casación 1507, en resolución de las nueve horas del 19 de agosto de 2002, expresa: "En este marco de pensamiento resulta que el papel del ente jurisdiccional es simplemente el de sustanciar diligencias e instalar el tribunal; no tiene pues, competencia de conocer el fondo de la cuestión, por la naturaleza privada del asunto. Si las partes han decidido por medio de una cláusula el camino del arbitraje en caso de controversia,

no se puede de manera jurisdiccional, ni con el pretexto de estudiar la procedencia de la solicitud". A esto se debe agregar lo que la Cámara Segunda de lo Civil, en resolución aludida dijo que respecto a la fijación de plazo para la restitución del depósito no había contención, pero que ha haber diferencias o controversias las partes deben someterse, por voluntad propia a la vía del arbitraje –según el contrato de depósito-.

Al observar los elementos jurídicos del Contrato de Depósito están claramente estipulados y definidos con toda legalidad, es un acuerdo de voluntades manifestado en común entre dos personas jurídicas con capacidad y debidamente autorizadas por la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, en el que se obligan mutuamente en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera reciproca como contrato bilateral, obligándose una parte a la otra.

Es menester mencionar lo que establece la Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje, respecto al sometimiento de ambos entes a la misma, en el Art. 2 cuando dice: (...).

Otros artículos de la Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje relevantes son:

***Formalidades.-** Art. 29 inciso primero (...)*

***Autonomía.-** Art. 30 (...)*

***Excepciones de Arbitraje.-** Art. 31 (...)*

El art. 1,416 del Código Civil dice: (...)

El art. 1,417 del Código Civil, establece: (...)

Con base en lo expuesto es claro que la jurisdicción penal no es el medio para resolver las controversias o divergencias derivadas del Contrato de depósito suscrito entre AMPES e INNOVA, sino por el medio del establecimiento de un tribunal arbitral o en su caso por un Tribunal Civil y Mercantil, deviniendo como se dijo la conducta de los imputados en atípica, siendo procedente sobreseerlos definitivamente.

*En relación al delito de **Apropiación o Retención indebida,** se encuentra previsto y sancionado en el Art. 217 Pn, el que dice: (...)*

El bien jurídico protegido de este delito es el derecho de propiedad. Esta afirmación no presenta problemas cuando la apropiación indebida afecta a objetos específicos, generando problema cuando el objeto material del delito son cosas fungibles y en especial el dinero, porque el que recibe estas cosas fungibles, con obligación de entregar o devolver su valor, adquiere la propiedad de lo que recibe,

pero con la obligación de devolver o entregar la misma cantidad.

Partiendo de lo anterior, consta en el proceso que en cumplimiento a dicho contrato de depósito, y especialmente en lo relacionado a la devolución del dinero, se promovió en el Juzgado Primero de lo Civil, las diligencias con referencia 29-DV-2007 por medio de las cuales INNOVA, reclama a AMPES, el cumplimiento de pagos producto del contrato de depósito.

Así mismo AMPES, inicia en el Juzgado Cuarto de lo Civil de esta ciudad, diligencias de restitución del depósito y fijación de plazo para ello las cuales fueron clasificadas bajo el número 33-DV-09, en las que mediante resolución de fecha 17 de diciembre 2009, se fija el término de 30 días para que INNOVA restituya a AMPES la cantidad de UN MILLÓN SETECIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO TREINTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, mas sus accesorios y frutos, y que fue confirmada por el Tribunal Superior, estableciéndose por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que por tal resolución no se vulneró ningún derecho fundamental, y que por lo tanto era exigible el cumplimiento de la misma.

En referencia al Delito de Apropiación o Retención Indebida, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en proceso de Casación, referencia 307-CAS-2011, en resolución de las ocho horas y cuarenta y cinco minutos del día once de marzo del año dos mil catorce, expresó: "En ese mismo orden y respecto del elemento del tipo penal referido al "Título" que obliga al sujeto activo a devolver la cosa o su valor, el Código Penal comentado en la página Setecientos cincuenta y nueve frente y vuelto dice: "Esa tenencia de la cosa para que haya delito, tiene que haberse producido por alguno de los motivos o títulos a los que hace referencia la ley, es decir, cualquiera que produzca obligación de entregarla o devolverla ella misma o su valor, tratándose de una relación abierta. Son todos los títulos que hacen que el sujeto activo tenga la posesión de la cosa, pero no la propiedad, criterio que es válido mientras nos refiramos a bienes no fungibles. A título de ejemplo son títulos válidos el de depósito, salvo el depósito irregular, la administración, el préstamo, salvo el ya mencionado, y todos los demás que cumplan los requisitos dichos".

Según el concepto de Depósito Irregular que brinda el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, 1ª Edición Electrónica, "Depósito Irregular" hace referencia a lo siguiente: "El contrato de depósito puede revestir dos formas: regular e irregular. Caracterizase el segundo por tratarse siempre de cosas consumibles o fungibles, estando el depositario para disponer de ellas e incluso consumirlas, y se libera de su obligación mediante la entrega, no

de la cosa depositada, sino de otra equivalente en especie, calidad y cantidad; en u na palabra, puede decirse que en estos casos, el dominio del objeto pasa a manos del depositario. Ejemplo típico es el depósito bancario en caja de ahorro o cuenta corriente. Excepcionalmente, el depósito de bienes fungibles puede configurar depósito regular, cuando se acuerda expresamente la obligación, por parte del depositario, de abstenerse de usar la cosa depositada".

Basado en la jurisprudencia y la doctrina anterior estamos en presencia de un Contrato de Depósito irregular en donde la AMPES por voluntad propia con toda legalidad, como ha quedado evidenciado y demostrado, autoriza y otorga el dominio del Dinero de forma irrestricta según actas relacionadas en el mismo contrato a FUNDACIÓN INNOVA para que ésta disponga del mismo, por lo tanto, no es un título por medio del cual se cometa el delito de APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDA.

Por lo anterior y como se ha dicho supra, la forma de exigir el incumplimiento de lo pactado y de lo resuelto por el Juez Cuarto de lo Civil no es por medio de un proceso penal, sino por la vía privada, no configurándose entonces los elementos del tipo penal aludido, y por tanto lo procedente también es sobreseer de manera definitiva a los imputados por este delito." (sic) [Resaltado, mayúsculas y subrayado del original]

III.- ANÁLISIS JURÍDICO

Partiendo del hecho que el único recurso de apelación que superó el examen liminar de admisibilidad fue el planteado por el querellante Julio Cesar Magaña Sánchez, y que en éste su único punto de queja se fincaba en la presunta aplicación errónea del delito de Apropiación o Retención Indebida, respecto a si el contrato de depósito irregular celebrado entre las partes es un título que produce la obligación de devolver el bien depositado, debe marcarse el *iter* a seguir para determinar si concurre o no el vicio denunciado.

Así, **(i)** primeramente y con fines ilustrativos, se harán algunas teorizaciones de orden general sobre el contrato de Depósito Irregular; **(ii)** las cuales serán posteriormente retomadas y examinadas a la luz de la disposición objeto de queja, que es el art. 217 Pn. **(iii)** Finalizado este análisis, se trasladarán las conclusiones en mención al caso en conocimiento a efecto de arribar a una **(iv)** conclusión sobre la idoneidad del contrato de depósito irregular para generar la obligación típica exigida por el ilícito penal.

(i) En términos generales, el contrato de depósito está definido en el art. 1,972 Cód. Civ. cuyo texto literalmente dice: *El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble*

para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante.

Como es evidente, este contrato contempla la cesión temporal de la mera tenencia por parte del depositante al depositario de un objeto mueble específico, a efecto que éste último la resguarde por concurrir en él una calidad especial para su conservación o por generar especial confianza en el depositante para ello. No existe en estos supuestos una tradición formal del dominio o derecho real alguno en el depósito generalmente entendido, simplemente una tenencia transitoria del bien mueble para su conservación.

El depósito puede ser de carácter regular irregular, dependiendo por regla general de la individualización de la cosa objeto del contrato; será regular si esta es identificable, generando consigo la consecuente obligación de devolverse la misma cosa y no otra. Pero si esta no es identificable por ser los bienes objeto del contrato de naturaleza consumible –*v. gr.* el dinero- en razón de la misma naturaleza del contrato, se transmitirá al depositario la propiedad del bien y su obligación consistirá en la devolución de otra perteneciente al mismo género.

Ahondando en este último punto y de acuerdo con Ricardo Lorenzetti, el depósito será irregular en los siguientes casos: cuando la cosa depositada fuere dinero o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas o se las entrega sin las precauciones características del depósito regular; y cuando representare un crédito de dinero o de cantidad de cosas consumibles, si el depositante autorizó al depositario para su cobranza. [LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los Contratos, Tomo III. Séptima Edición. Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires, Argentina. Año 2000. Pág. 656]

Su calidad de fungible es entonces solamente un indicio sobre el sub tipo de depósito que desea establecerse, pues este aspecto vendrá determinado en puridad por la voluntad de las partes. Existen casos en los que incluso un bien consumible como el dinero, de ser entregado en un cofre o saco cerrado, se presumirá por ministerio de ley que será un depósito de carácter regular que no autoriza al depositario para su uso.

Así lo reconoce el art. 1,978 Cód. Civ, presumiendo la transferencia de su propiedad siempre y cuando no se haya estipulado expresamente por las partes en el contrato o su entrega fuere hecha de manera tal que se dificulte su empleo. De la misma manera, el art. 1,186 párrafo primero del Código de Comercio –Cód. Com. en lo sucesivo- al referirse al depósito bancario de dinero, dice:

"El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o moneda extranjera, transfiere la propiedad al banco depositario, y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie"

En ese entendido, y siguiendo lo dicho por el autor ya citado, el criterio para exigir la devolución de una cosa de la cual el depositario es ahora dueño es que el éste ostenta una obligación de guarda no sobre la cosa específica, sino sobre el valor que ésta representa [*opere citato,* pág. 674]. En el caso del depósito comercial, al ser este oneroso si el comerciante solicita la devolución de la cosa antes del vencimiento del plazo deberá pagar el precio por la conservación durante todo el tiempo restante, porque esa era la expectativa de ganancia del depositario; en caso de impago de la cantidad adeudada por conservación, se le autoriza el derecho de retención de una cantidad concurrente a modo de compensación.

(ii) Trayendo estas consideraciones al ámbito penal, corresponde en este apartado adecuarlas a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal en concreto, que es el de Apropiación o Retención Indebidas. Dicha conducta se encuentra descrita en el art. 217 Pn. y se lee:

"*El que teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble ajena por un título que produzca obligación de entregar o devolver la cosa o su valor, se apropiare de ella o no la entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.*"

Es preceptiva la existencia de un *título,* como origen de la obligación jurídicamente formalizada y causa de la tenencia de la cosa objeto del contrato. Este título hace alusión al antecedente jurídico o hecho que ha servido como forma de adquirir lícitamente la tenencia de dicho bien mueble; razón por la cual se excluye de forma liminar el encuadramiento típico en este supuesto de cualquier clase de tenencia o dominio ejercido sobre un bien obtenido de manera ilícita, como el caso de los objetos producto de un delito.

Al encontrarse legitimada la tenencia del bien objeto del contrato en un título, este delito se constituye como una defraudación a la confianza que el propietario de la cosa ha depositado en el poseedor. Esto constituye una cualidad especial del sujeto activo, pues únicamente se encuentra en la capacidad de cometer el ilícito aquel a quien le hubiere sido encomendada su tenencia en virtud de un negocio jurídico.

Sin embargo, el título al que se hace alusión en el tipo penal no puede ser cualquier forma de entrega o cesión de la posesión de un bien mueble determinado; sino que este debe ser idóneo para generar en el sujeto activo la obligación de devolución o reintegro de la cosa, constituyéndose así en una mera tenencia de carácter temporal.

Lo anterior implica entonces que, uno de los requisitos principales del

contrato o negocio jurídico por el que el sujeto activo se constituya en mero tenedor de la cosa, es que el sujeto pasivo o propietario del bien conserve su derecho de dominio sobre el bien al momento en que se exija su devolución. Caso contrario, se imposibilita el cumplimiento de un segundo elemento objetivo del tipo que es la *apropiación* de la cosa poseída, que consiste en la realización de actos a través de los cuales el tenedor de la cosa se atribuye su propiedad de tal forma que imposibilita su devolución o reintegro en los términos pactados en la obligación.

Esta acción de apropiarse no se agota con la simple mora de restitución o devolución de la cosa, especialmente en aquellos casos en que concurre una justa causa para no haberlo hecho o los plazos para su cumplimiento no han sido especificados debidamente; sino que debe existir una negativa expresa y reiterada de devolución y -en operativización del principio de subsidiariedad- un agotamiento previo de las formas legales distintas al derecho penal para procurar su reintegro.

(iii) Sistematizando las teorizaciones plasmadas en los apartados antecedentes y aplicándolas al caso elevado a conocimiento de esta Cámara, se tiene que el título que originó en favor de la sociedad INNOVA la tenencia de la cantidad de un millón setecientos diecisiete mil ciento treinta y un dólares de los Estados Unidos de América fue un depósito irregular.

Este tipo de contratos, por su misma naturaleza y condiciones de celebración, confiere a la fundación INNOVA la propiedad del bien mueble -dinero- para efectos de su custodia e inversión. Tal acuerdo es palmario asimismo por el texto del contrato de depósito celebrado entre los respectivos representantes de dicha fundación y la Asociación de Medianos y Pequeños Empresarios Salvadoreños, AMPES.

Es precisamente en este punto donde subyace un problema en la adecuación típica del ilícito al delito de Apropiación o Retención Indebida, pues no puede exigirse por parte de la asociación que se reputa como víctima el reintegro de una cantidad que, por ministerio del contrato celebrado, fue dada en propiedad y para su inversión a la fundación INNOVA.

Este escollo es advertido por la generalidad de la doctrina, citando –entre varios- al tratadista Carlos Creus, quien al respecto dice: "*Quedan descartados, como títulos creadores de la obligación típica, los que otorgan al agente la facultad de disponer de la cosa o apropiársela, ya por habérsele dado en propiedad, ya por habérsele autorizado a sustituirla por otra, como en las hipótesis de depósito irregular (art. 2,220 Cód. Civil)* [Art. 1,978 Cód. Civ. y 1,186 Cód. Com. en nuestra legislación]; *pero no aquellos en que la cosa, sin ser transferida en propiedad al*

agente, le es entregada, supeditando su devolución, o la del objeto equivalente, a una determinada condición (p. ej. Entrega en comisión, en la que si no se produce la venta, la cosa debe ser devuelta, y si se produce, tiene que entregarse el precio cobrado). Es el título el que tiene que haber fundamentado la entrega y no surgir la obligación de ésta, con posterioridad, en virtud de otras circunstancias negociales (p. ej. no devolver la cosa adquirida y no pagar el precio que se estipuló por ella). [CREUS, Carlos. "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". Sexta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión. Editorial Astrea. Pág. 478]

Desde esta perspectiva, se incurre en el absurdo jurídico de exigir la devolución por parte de los representantes de AMPES de bienes fungibles cuya propiedad ya no ostentan, pues ésta fue conferida a la fundación INNOVA por medio del contrato de depósito irregular. El encuadramiento de este título como idóneo para generar la obligación típica del delito de Apropiación o Retención Indebida posibilitaría entonces, la extensión del bien jurídico protegido -la propiedad- hacia derechos crediticios surgidos de relaciones contractuales, siendo esto una expansión inadmisible del ámbito de aplicación del tipo a supuestos análogos.

Este título entonces no puede servir -parafraseando la cita hecha anteriormente- como fundamento idóneo para generar la obligación de restitución del dinero debido; ya que por su medio, AMPES ha transferido su dominio a INNOVA para permitirle usarlo. Con mayor razón aún esta pretensión es inatendible, cuando se han estipulado ya en dicho contrato -que actualmente goza de vigencia *inter partes*- los términos en que se resolverán los conflictos suscitados en la ejecución del mismo, debiendo someterse estos a arbitraje de conformidad al romano VIII de dicho contrato.

Deben de distinguirse manifiestamente los límites de intervención que cada juzgado o tribunal tiene al momento de concurrir en el análisis de un supuesto sometido a su consideración; de lo contrario se corre el peligro de incurrir en una arrogación competencial modificando situaciones jurídicas cuyo conocimiento compete a otra sede, o peor aun desnaturalizando el cometido de cada área del derecho hacia finalidades distintas.

Para el caso del derecho penal, este constituye el conjunto de normas que limitan la manifestación institucionalizada más evidente del ejercicio de la violencia estatal: la facultad para imponer penas en razón de una lesión considerada como socialmente intolerable a un bien jurídico relevante.

Este control formalizado utiliza como parámetros de demarcación los derechos fundamentales de los gobernados, en cuya protección se legitima al intentar servir como último medio de gestión de la conflictividad social. La

utilización de la violencia estatal en sus términos más graves se verá justificada únicamente si existen otros medios previos que garanticen la mayor economía posible de la facultad de punir, dejándola como último recurso. [BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Penal. Editorial Ad-hoc. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. Año 2004. Capítulos I y II]

Por el contrario los art. 21 y 22 del Código Procesal Civil y Mercantil -CPCM en lo sucesivo- circunscribe la competencia de los juzgados y tribunales Civiles y Mercantiles a materia de derechos reales y arrendamientos; constitución, validez, nulidad o disolución de personas jurídicas domiciliadas en la República; validez o nulidad de inscripciones practicadas en un registro público nacional; cuando las obligaciones demandadas deban ser cumplidas en el país y cuando la pretensión se funde en un hecho, acto o negocio jurídico ocurrido, celebrado o con efectos en el territorio nacional, entre otros.

Como puede verse, la jurisdicción de orden civil y mercantil está reservada para aquellos conflictos suscitados primordialmente en el tráfico jurídico entre particulares o entre éstos y personas jurídicas, la interpretación de las convenciones celebradas entre ellos y el aseguramiento de los derechos reales y personales adquiridos por la vía contractual o actos análogos.

Sin embargo, a diferencia del ámbito penal, en materia de derecho privado se concede una más amplia liberalidad a las partes para contratar y estipular de acuerdo a sus voluntades las obligaciones a las que se someten. La ley para estos casos constituye un marco en al cual pueden adecuar sus convenciones, pero pudiendo siempre de acuerdo a su conveniencia, modificar aspectos como la forma de cumplimiento de las obligaciones, su plazo e inclusive ante qué sede someterán las eventuales diferencias que surjan en la ejecución de la obligación.

En ese entendido, se reconoce la conciliación, la mediación y el arbitraje como métodos alternativos y formalizados de resolución de conflictos que posibilitan una gestión más pacífica de la conflictividad a través de la autocomposición y arreglo amistoso de las controversias. Una vez externada y reconocida contractualmente la voluntad de las partes sobre la intervención de terceros que funjan como árbitros o mediadores, este acuerdo será obligatorio entre las partes.

Para el caso en conocimiento, existe inserta en el contrato de depósito irregular una cláusula orientada en ese sentido, y que estipula literalmente: "en caso de diferencias o controversias a raíz de este contrato los comparecientes se someten a arbitraje de conformidad con la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje". El texto de esta declaración es congruente con lo establecido en el art.

22 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje -LMCA en adelante- que habilita su conocimiento para las controversias surgidas entre personas naturales o jurídicas en materias *civiles o comerciales*.

En tal caso, siendo ley entre las partes esta cláusula, cualquier intento de arreglo por vía judicial de una controversia surgida de este contrato puede ser truncado por la excepción de arbitraje contenida en el art. 31 LCMA; debiendo entonces ya sea renunciar las partes al convenio arbitral en los términos del art. 32 LCMA, o seguir su trámite hasta la provisión de un laudo que, por ministerio de ley -art. 65 LCMA- tiene fuerza ejecutoria y posibilita su cumplimiento forzoso.

Considerado lo anterior, debe acotarse que el intento de cobro por vía penal de obligaciones meramente contractuales cuyas eventuales controversias han sido sometidas por convenio previo entre partes a un método de resolución distinto al jurisdiccional, constituye una desnaturalización de los fines que éste tiene para con la sociedad en el marco de un Estado democrático de derecho.

(iv) Atendiendo a los motivos anteriores, se ha verificado que no existe en la resolución apelada la incorrección alegada por las partes apelantes, ya que se ha constatado que el deposito irregular es un título inidóneo para generar la obligación de reintegración del bien objeto del contrato; pues al ser éste dinero y autorizársele para su uso a la fundación INNOVA, se le confirió la propiedad del mismo.

Por ello, se declarará sin lugar la pretensión impugnativa de los recurrentes y se **confirmará** la resolución venida en apelación.

POR TANTO: Con base a los argumentos antecedentes y los artículos 452, 453, 459, 464 y 465 del Código Procesal Penal, esta Cámara **RESUELVE:**

a) DECLÁRASE INADMISIBLE el recurso de apelación impetrado por los licenciados José Arnulfo Menjivar Hernández y Antonio Julián Méndez Quezada, quienes han intervenido como agentes auxiliares del Fiscal General de la República, por carecer de legitimación objetiva ante la ausencia de un agravio; consecuentemente declárese **firme** la resolución impugnada en lo relativo al Sobreseimiento Definitivo por el delito calificado como **Desobediencia de Particulares,** atribuido a los imputados **Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado, Eduardo Galdámez Menjivar, Lilian Dinora Navarrete de Climaco, Daysi Hernández Viuda de Rivas** y **Gilberto de Jesús Castro Sánchez;**

b) Con relación al recurso de apelación interpuesto por el querellante Julio Cesar Magaña Sánchez, **CONFÍRMASE EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO** dictado por la juez Segundo de Instrucción de San Salvador, en auto de las quince horas con diez minutos del doce de agosto del presente año, en favor de los

imputados **Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado, Eduardo Galdámez Menjivar, Lilian Dinora Navarrete de Climaco, Daysi Hernández Viuda de Rivas** y **Gilberto de Jesús Castro Sánchez,** a quienes se les procesa por atribuírseles la comisión del delito calificado como **Apropiación o Retención Indebida,** conductas descrita y sancionada en los art. 217 Pn, en perjuicio de la **Asociación de Medianos y Pequeños Empresarios Salvadoreños,** que se abrevia **"AMPES"**, representada legalmente por el señor **Maximiliano Adalberto Portillo Mijango** [248-2016-2].

c) CERTIFÍQUESE y REMÍTASE EN EL TÉRMINO DE LEY al Juzgado Segundo de Instrucción de San Salvador, junto con las actuaciones remitidas a esta Cámara.

d) ARCHÍVESE oportunamente la presente carpeta judicial.

NOTIFÍQUESE la presente a las partes procesales.

PRONUNCIADA POR LAS SEÑORAS MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.
Ref. 248-2016-2

Es conforme con original y para efecto de notificación extiendo la presente a los

13-10-16
2:15